

NATIONALES VERFASSUNGSRECHT ALS PRÜFUNGSMASSSTAB DES EUGH? DER VOLLZUG NATIONALEN RECHTS DURCH DIE EZB UND SEINE UNGE- LÖSTEN FOLGEPROBLEME

Prof. Dr. Mario Martini und Forschungsreferent Quirin Weinzierl

Das europäische Bankenaufsichtsrecht wartet mit einem Novum im Europäischen Verwaltungsverband auf: dem Vollzug nationalen (Bankenaufsichts-)Rechts durch die EZB. Beim Rechtsschutz gegen derartige Vollzugshandlungen muss der EuGH zwangsläufig auch das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten als Prüfungsmaßstab anlegen. Unterlässt er dies, verstößt er gegen das Rechtsstaatsprinzip; tut er es, fehlt ihm dafür aber die Kompetenz. Dieses Dilemma lässt sich nur durch einen Rückbau der einheitlichen Bankenaufsicht oder durch die Einführung eines Vorlageverfahrens an die nationalen Verfassungsgerichte auflösen. Letzteres schlagen die Autoren vor.

I. Vollzug nationalen Rechts durch die EZB als Teil des Konstruktionsplans der europäischen Bankenaufsicht

Mit dem Erlass der SSM-VO¹ hat der Unionsgesetzgeber im Jahr 2013 ein europäisches Haus der Bankenaufsicht (SSM) errichtet. Teil seiner Architektur ist ein aus verfassungsrechtlicher Perspektive ungewöhnliches Konstruktionselement: der Vollzug nationalen Rechts durch die Union, namentlich die Europäische Zentralbank (EZB).² Die SSM-VO zieht damit eine völlig neue Ebene in das Beziehungsgefüge zwischen der Union und den Mitgliedstaaten ein. Dieser – wie *Kämmerer* treffend annotiert – „höchst exotische“³ Bauplan erzeugt innerhalb des bereits heute alles andere als unterkomplexen Europäischen Verwaltungsverbandes ein rechtsdogmatisch nur noch schwer zu fassendes Mischgebilde. Der „Vollzug in umgekehrter Richtung“⁴ evoziert intrikate Fragen zu den Befugnissen der EZB bei der Anwendung des nationalen Rechts, der Haftung und des Rechtsschutzes.⁵

Eine Konstellation blieb bei der Suche nach Antworten bislang weitgehend unbeachtet: der Vollzug einer nationalen Norm die sich als mit der nationalen Verfassungsrechtsordnung unvereinbar erweist. Folgt man dem Grundsatz, dass der Exekutive eine Normverwerfungskompetenz weder auf nationaler Ebene für – dem Verfassungsrecht entgegenstehendes – Parla-

¹ Verordnung (EU) Nr. 1024/2013.

² Noch im Jahr 2012 konnte sich bspw. *Herdegen* eine solche Konstruktion schlicht nicht vorstellen, vgl. *Herdegen*, MW 66 (2012), 1889 (1890); hierzu generell *Witte*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ) 2014, 89.

³ *Kämmerer*, WM 70 (2016), 1 (3).

⁴ *Peuker*, JZ 2014, 764 (765).

⁵ S. hierzu ausführlich *Peuker* (Fn. 4), (767).

mentsrecht⁶ noch auf europäischer Ebene für – dem Primärrecht entgegenstehendes – Sekundärrecht⁷ zukommt, vollzieht die EZB womöglich verfassungswidriges Gesetzesrecht, ohne eine eigene Verwerfungs- oder Vorlageberechtigung zu besitzen. Die Problematik setzt sich auf der Ebene der gerichtlichen Kontrolle solcher Vollzugsentscheidungen durch den EuGH fort: Um effektiven Rechtsschutz zu gewähren, kommt der EuGH nicht umhin, die mitgliedstaatliche Norm, welche als Rechtsgrundlage für die Vollzugsentscheidung dient, in den Blick zu nehmen. Dabei muss er – als Teil des Gebots des Rechtsstaatsprinzips – neben ihrem Wortlaut insbes. die Einbettung der Norm in den verfassungsrechtlich determinierten Regelungskontext berücksichtigen und folglich auch selbst über nationales Verfassungsrecht (mit-) entscheiden (II.).

Dieser Befund schmerzt nicht nur verfassungsdogmatisch. Er lässt sich im Rahmen der gegenwärtigen unionalen und mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auch nicht bruchfrei abbilden. Dem EuGH steht zur Überprüfung nationalen Rechts am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts nämlich keine Kompetenz zu: Eine solche findet sich weder im Unionsrecht noch hat der deutsche Gesetzgeber sie dem EuGH bzw. der Union ausnahmsweise durch das Zustimmungsgesetz zur SSM-VO übertragen (III.). Vollzieht die EU trotzdem nationales Recht oder urteilt der EuGH in einer solchen Vollzugskonstellation, verstößt dies gegen den *Ultra vires*-Kontrollvorbehalt des BVerfG (IV. 1.). Eine konstruktive Auflösung des Dilemmas ist jedoch durch ein Vorlagerecht des EuGH an das BVerfG möglich (IV. 2.).

II. Nationales Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab des EuGH

1. Eröffnung des (direkten) Rechtswegs zum EuGH beim Vollzug nationalen Rechts durch die EZB

In die Verlegenheit, nationales Verfassungsrecht als Maßstab anlegen zu müssen, gelangt der EuGH⁸ dann, wenn der Rechtsweg gegen Vollzugshandlungen der EZB, die auf der Grundlage nationalen Aufsichtsrechts ergangen sind, mittels der Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 1, 2, 4 AEUV) unmittelbar und alleine zu ihm führt. Denn dann ist seiner Entscheidung kein nationales Gericht vorgeschaltet, das etwaige verfassungsrechtliche Fragen autoritativ beantworten könnte.⁹

Ein solcher Fall tritt z. B. ein, wenn die EZB zur Durchsetzung nationalen Bankenaufsichtsrechts unmittelbar gegenüber einem Kreditinstitut auf der Grundlage des Art. 16 SSM-VO

⁶ Nicht zu verwechseln mit der Kompetenz zur Nicht-Anwendung bei entgegenstehendem Unionsrecht, vgl. *Demleitner*, NVwZ 2009, 1525.

⁷ Vgl. *EuG*, ECLI:EU:T:2001:189 = Slg. 2001, II-2235 = GRUR Int 2001, 978 Rn. 55 – Kik/HABM (Kik): „Grundsatz der Rechtmäßigkeitsvermutung“; auch *Dörr* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 49. EL (Juli 2012), Art. 263 AEUV Rn. 3.

⁸ Sachlich zuständig ist in erster Instanz das EuG, vgl. Art. 256 Abs. 1 AEUV.

⁹ Diese Konstellation übersehen *Lamandini/Munoz/Álvarez*, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, Nr. 79, 2015, S. 90 f.

Vollzugsentscheidungen trifft.¹⁰ Soweit die EZB die Aufsicht über ein Kreditinstitut führt¹¹, kann sie materielles mitgliedstaatliches Bankenaufsichtsrecht durchsetzen, das in Umsetzung von Richtlinien ergangen ist (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 SSM-VO).¹² Dies betrifft bspw. das Umsetzungsrecht der Eigenkapitalrichtlinie.¹³ Hierunter fallen Vorschriften zur Vorhaltung von Kapitalpuffern¹⁴ nach §§ 10c–10g KWG¹⁵ ebenso wie Regelungen, die Vorgaben für die Mitgliedschaft im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan eines (Kredit-)Instituts treffen (§ 25d KWG¹⁶). Zur Durchsetzung dieser Normen kann die EZB von ihren aufsichtsrechtlichen Befugnissen nach Art. 9–18 SSM-VO Gebrauch machen. Diese erlauben es ihr z. B., die Erhöhung der Eigenmittel oder die jederzeitige Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans eines Kreditinstituts zu fordern (Art. 16 Abs. 1 lit. a, b i. V. m. Abs. II lit. a, m SSM-VO). In solchen Fällen ist das Kreditinstitut (oder das einzelne Mitglied des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgans) nach Art. 263 Abs. 4 Var. 1 AEUV klagebefugt.

Unmittelbaren Rechtsschutz gegen Handlungen der EZB gewährt der EuGH auch dann, wenn die EZB national zuständigen Aufsichtsbehörden Vollzugsanweisungen erteilt, die sich auf nationales Recht beziehen. In diesem Fall führt die EZB die Aufsicht zwar nicht selbst. Das Kreditinstitut kann von der Vollzugsanweisung aber trotzdem unmittelbar und individuell betroffen sein (Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV) – beispielsweise, wenn die EZB von einer nationalen Aufsichtsbehörde verlangt, ein Verfahren zum Erlass von Verwaltungssanktionen einzuleiten (Art. 18 Abs. 5 UAbs. 1 S. 1 SSM-VO). Die EZB stellt das „Ob“ der Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Vorschrift verbindlich fest. Die nationale Aufsichtsbehörde hingegen bestimmt (in den Grenzen des Art. 18 Abs. 5 UAbs. 1 S. 2 SSM-VO) die konkrete Ausgestaltung der Sanktion (das „Wie“). Rechtsschutz gegen die Anweisung der EZB muss das Kreditinstitut dann unmittelbar im Wege der Nichtigkeitsklage suchen.¹⁷ Der Weg inzidenten Rechtsschutzes über eine Vorlage des nationalen Gerichts an den EuGH ist ihm versperrt.¹⁸

Beide Konstellationen sind sehr eingriffsintensiv und berühren in besonderer Weise sowohl die Grundrechte Einzelner wie auch der Kreditinstitute. Dem Schutz ihrer Grundrechte kommt daher im Rahmen des Rechtsschutzes eine besondere Bedeutung zu.

¹⁰ Die Durchführung des administrativen Überprüfungsverfahrens bei der EZB ist nicht Zulässigkeitsvoraussetzung für die Klage, vgl. Art. 24 XI SSM-VO; vgl. zum Rechtsweg *Berger*, WM 2015, 501 (504 ff.); *Kaufhold*, Die Verwaltung 49, 2016, 339 (365 f.).

¹¹ Vgl. zur Zuständigkeitsverteilung nach Art. 6 Abs. IV–VI SSM-VO umfassend *Schuster*, EuZW-Beilage 2014, 3.

¹² Richtigerweise vollzieht die EZB das gesamte nationale Recht, das Richtlinien umsetzt und verbleibende Spielräume ausfüllt; vgl. hierzu *Kämmerer* (Fn. 3), 4; *Schuster* (Fn. 11), 8.

¹³ RL 2013/36/EU, so genannte Capital Requirements Directive IV (CRDIV).

¹⁴ Vgl. zu Kapitalpuffern *Höpfner*, BaFinJournal 2014, 21 (24); sie sind zu unterscheiden von den (allgemeinen) Eigenmittelanforderungen nach Art. 25, 72, 91 ff. VO (EU) Nr. 575/2013.

¹⁵ Die Vorschriften sind in Umsetzung der Art. 129, 130, 131, 133 CRD-IV ergangen.

¹⁶ Die Vorschriften sind in Umsetzung des Art. 91 CRD-IV ergangen.

¹⁷ Vgl. zur entsprechenden Konstellation im Beihilfenrecht *Gaitanides*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015), Art. 263, Rdnr. 81, 87; a. A. *Wissink/Duijkersloot/Widdershoven*, Utrecht Law Review 2014, Vol. 10, Issue 5, 92 (103 f.), die jedoch wenig überzeugend auf *EuG*, ECLI:EU:T:2006:292 = BeckRS 2006, 70773 Rdnr. 66 ff. – Tillack verweisen. Der dort streitgegenständliche Art. 10 Abs. 2 VO (EG) 1073/1999 berechtigt nur zur Informationsübertragung, nicht jedoch zur Anweisung.

¹⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Witte*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ), 2014, 89 (98 ff.).

2. Reichweite der notwendigen (Mit-)Entscheidung über nationales Verfassungsrecht

Trägt ein Kläger im gegen einen Vollzugsakt der EZB gerichteten Nichtigkeitsverfahren vor, das nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 SSM-VO angewandte nationale Recht verstoße – aus formellen oder materiellen Gründen – gegen die nationale Verfassung, der EZB fehle also eine vollzugsfähige Regelung, sieht sich der EuGH mit der Frage nach den Folgen eines solchen Verstoßes nach nationalem Verfassungsrecht konfrontiert.

a) Folgen eines Verstoßes gegen nationales Verfassungsrecht in Staaten mit monopolisierter und dezentrierter Verfassungsgerichtsbarkeit

Am wenigsten weit muss sich der EuGH bei seiner Prüfung in nationales Verfassungsrecht vortasten, wenn er den Vollzug des Aufsichtsrechts eines Mitgliedstaates mit grundsätzlich *monopolisierter Verfassungsgerichtsbarkeit* (wie etwa Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und Spanien) überprüft. In diesen Fällen könnte er sich grundsätzlich darauf zurückziehen, dass nicht jedes nationale Gericht, sondern nur das nationale Verfassungsgericht zur Nichtigkeitsfeststellung einer Norm befugt ist. Für Deutschland bedeutet dies festzuhalten, dass die Nichtigkeitsfeststellung von Bundesgesetzen dem BVerfG vorbehalten ist (§§ 31 Abs. 2, 78 BVerfGG). Aus der Idee der Konzentration der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung kann der EuGH dann ableiten, dass mithin auch er nicht befugt ist, eine Norm zu verwerfen.

Ein derart kurzer Abstecher in das nationale Verfassungsrecht ist dem EuGH jedenfalls bei Aufsichtsrecht aus Mitgliedstaaten mit *dezentrierter Verfassungsgerichtsbarkeit* (etwa Finnland, Griechenland und Schweden)¹⁹ verwehrt: Hier kommt jedem Gericht die Befugnis zu, eine Norm als verfassungswidrig zu erkennen und – *inter partes* – unangewendet zu lassen (hingegen nicht zwingend auch mit Wirkung erga omnes für nichtig zu erklären [vgl. etwa Art. 100 I lit. e Verfassung Griechenlands: Die Vorschrift behält diese Aufgabe alleine dem Obersten Tribunal vor]). In diesen Fällen muss der EuGH – jedenfalls aus der Systemlogik des die Norm erlassenden Mitgliedstaates heraus – selbst in die Prüfung der Verfassungswidrigkeit eintreten, will er nicht ein eigentlich verfassungswidriges Gesetz anwenden.

Dem EuGH hilft auch keine „Abkürzung“ über das Unionsrecht. Jedenfalls die für eine Beurteilung der Verfassungswidrigkeit entscheidungserheblichen Maßstäbe, etwa des Gesetzgebungsverfahrens oder der Kompetenzverteilung, lassen sich diesem nicht entnehmen. Insbes. kann der EuGH die Frage nach der Nichtigkeit(-sfolge) auch nicht dadurch umgehen, dass er statt des nationalen Aufsichtsrechts die zu Grunde liegende Richtlinie als normative Grundlage heranzieht. Im Bereich der überschießenden Umsetzung von Richtlinien (sog. *gold plating*) würde er damit *contra legem* einen etwaigen höheren mitgliedstaatlichen Standard aushebeln. Auch soweit die Richtlinie eine Vollharmonisierung vornimmt (wie etwa in Art. 129 Abs. 1, 130 Abs. 1 CRD-IV) oder ein Verstoß gegen Mindestvorschriften (wie in Art. 91 Abs. 3 CRD-IV) in Rede steht, ist der Rückgriff auf Unionsrecht keine Option. Denn damit würde der EuGH

¹⁹ Vgl. Art. 106 Verfassung Finnlands; Art. 93 IV Verfassung Griechenlands; Kap. 11 Art. 14 Verfassung Schwedens.

die Richtlinie zu Lasten des kontrollierten Kreditinstituts anwenden. Er geht jedoch in ständiger Rechtsprechung selbst davon aus, dass eine solche umgekehrt vertikale unmittelbare Anwendung (also zu Lasten des Einzelnen) unzulässig ist.²⁰

b) Bindung an höchstgerichtliche Rechtsprechung und (verfassungskonforme) Auslegung sowie Anwendung

Nationales Verfassungsrecht ist nicht nur entscheidend für die Gültigkeit des Rechts, dessen Anwendung der EuGH kontrolliert. Es ist auch bei der Auslegung von Normen relevant, bspw. für die Frage nach dem Vorliegen einer Doktrin des *stare desicis*²¹: Die damit einhergehende Bindung des EuGH an nationale, höchstgerichtliche Rechtsprechung erfordert u. U. einen Blick auf das nationale Verfassungsrecht.²² Nichts anderes gilt dann, wenn nach dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht eine verfassungskonforme Auslegung²³ und Anwendung angezeigt ist.²⁴

Der EuGH kann sich auch – jedenfalls soweit den Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum bleibt – nicht darauf zurückziehen, statt einer Auslegung und Anwendung nationaler Grundrechte allein die GRCh als Maßstab heranzuziehen. Die GRCh ist zwar nach Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh anwendbar.²⁵ Die Unionsorgane wenden das nationale Recht aber innerhalb des verbleibenden Spielraums nur in derjenigen Gestalt an, die es nach der nationalen Rechtsordnung hat. Erst wenn die nationale Auslegung und Anwendung einen vom EuGH im Grundrechtskontext akzeptierten Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten überschreitet, können die Grundrechte der GRCh greifen und die nationale Wertung überspielen.²⁶ Ohne die Möglichkeit, auf nationale grundrechtliche Wertungen zu rekurrieren, müsste der EuGH die verbleibenden Spielräume der Mitgliedstaaten selbst mittels der GRCh ausfüllen. Ein solcher umfassender Rückgriff auf die GRCh bei der Beurteilung der materiellen Verfassungswidrigkeit, also insbes. der Vereinbarkeit mit den Grundrechten, käme einer weitgehenden Missachtung der Strukturprinzipien des Grundrechtsschutzes in der Union gleich.

3. Das Gebot der Rechtsstaatlichkeit und die Identität der Mitgliedstaaten als Grundlage des Berücksichtigungsgebots

Eine Herauslösung der jeweiligen nationalen Normen des materiellen Aufsichtsrechts aus dem verfassungsrechtlichen Regelungskontext eines Mitgliedstaates ist mit dem Rechts-

²⁰ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1987:431 = BeckEuRS 1987, 133225 Rn. 9 – Kolpinghuis Nijmegen BV.

²¹ Diese gilt z. B. in Irland, vgl. https://e-justice.europa.eu/content_member_state_case_law-13-IE-de.do?clang=en.

²² Vgl. für die Bindung an höchstgerichtliche Rspr. Kaufhold, Die Verwaltung 49, 2016, 339 (366 f.).

²³ Zur verfassungskonformen Auslegung in der Bundesrepublik BVerfG, NJW 1993, 2861.

²⁴ Vgl. grds. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl., 2015, 5. Abschnitt Rdnr. 289. Vgl. zur besonderen Bedeutung der grundrechtskonformen Auslegung EuGH, ECLI:EU:C:2014:2454, Gutachten v. 18.12.2014, Rdnr. 242 ff.

²⁵ Vgl. ErwGrd 63 SSM-VO; ausführlich Lamandini/Munoz/Álvarez, Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Nr. 79, 2015, 47 ff.

²⁶ Vgl. grds. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Kommentar, 2. Aufl., 2013, Art. 52 Rdnr. 42; EuGH, ECLI:EU:C:2013:107 = EuZW 2013, 305 Rdnr. 60 – Melloni.

staatsprinzip nicht vereinbar.²⁷ Dies gilt für die Anwendung verfassungswidrigen Rechts ebenso wie für die Außerachtlassung einer national gebotenen verfassungskonformen Auslegung. Denn die Anwendung verfassungswidriger Gesetze ist ihrerseits verfassungswidrig.²⁸ Insbes. über Eingriffsmaßnahmen muss ein Gericht mit „*pleine juridiction*“²⁹ wachen, das die Entscheidung in allen Punkten tatsächlich und rechtlich, auch mit Blick auf das Verfassungsrecht,³⁰ nachprüfen kann.³¹ Das ist nicht gewährleistet, wenn der EuGH nicht wenigstens die Möglichkeit hat, eine Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit des nationalen Rechts (im Sinne eines richterlichen Prüfungsrechts bzw. einer „*judicial review*“³²) selbst festzustellen oder durch ein zuständiges nationales Höchst- bzw. Verfassungsgericht feststellen zu lassen.³³ Solange und soweit in Staaten mit monopolisierter Normverwerfungsbefugnis keine formale Nichtigkeitsfeststellung erfolgt ist, müssen die Gerichte das Recht zwar anwenden. Fehlt dem Gericht aber die Möglichkeit, verfassungswidriges Parlamentsrecht dem nationalen Verfassungsgericht vorzulegen, entsteht eine Lücke im Gebäude rechtsstaatlichen Rechtsschutzes: Der EuGH wendet eine (potenziell) verfassungswidrige Norm an, ohne sie einer Überprüfung zuführen zu können und insoweit ohne über eine volle Entscheidungskompetenz zu verfügen.

Gleichzeitig ist es mit der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, insbes. ihrer grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV), nicht vereinbar, wenn der EuGH nationales Recht kurzerhand ohne Rücksicht auf dessen Verfassungsmäßigkeit anwenden würde. Der EuGH entwertete damit einerseits faktisch die Verfassungen der Mitgliedstaaten, indem er ihnen den Vorrang vor dem einfachen Recht nähme.³⁴ Andererseits müssten die Mitgliedstaaten, um dieser Gefahr vorzubeugen, eine weitreichende Änderung ihrer verfassungsrechtlichen Ordnung, namentlich der Organisation ihrer Gerichtsbarkeit,³⁵ vornehmen: *De facto* wären sie gezwungen, eine anlasslose obligatorische verfassungsrechtliche Prüfung nationalen Bankenaufsichtsrechts einzuführen. Nur so könnten sie Verfassungsverstöße korrigieren und den Vorrang ihrer Verfassung sicherstellen, bevor der EuGH das nationale Recht ohne Rücksicht auf Verfassungsverstöße anwendet. Eine solche anlasslose Prüfung ist jedoch weder mit dem Antragssystem z. B. der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit³⁶, noch mit dem dezentralen Rechtsschutzkonzept der Staaten mit dekonzentrierter Verfassungsgerichtsbarkeit vereinbar. Damit würde eine ohne Rücksicht auf nationales Verfassungsrecht

²⁷ Dederer in Maunz/Dürig, GG, 70. EL (Sept. 2013), Art. 100 Rn. 12 f.

²⁸ Vgl. BVerfGE 43, 27 (33) = NJW 1977, 1333.

²⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 27.09.2011, Nr. 43509/08, Rdnr. 59 – Menarini Diagnostics.

³⁰ BVerfGE 1, 184 (197 f.): jedenfalls als „Vorprüfungsrecht“.

³¹ Vgl. zuletzt BVerfGE 113, 273 (310) zu Art. 19 Abs. 4 GG.

³² So bereits *US Supreme Court*, *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803), 176 ff.

³³ Vgl. i. E. auch *Lamandini/Munoz/Álvarez*, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, Nr. 79, 2015, 93 f., und wohl auch *Schneider*, *EuZW* 2013, 452 (456).

³⁴ Vgl. *US Supreme Court*, *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803), 178.

³⁵ Auch diese fällt unter die geschützte Identität, vgl. *Puttler* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. (2015), Art. 4 EUV Rn. 33; hierzu auch *Colomer*, *EuGH*, v. 25.6.2009, C-205/08, E-CLI:EU:C:2009:397 = BeckRS 2009, 70719 Rn. 47 – Schlussanträge Umweltschutzanwalt von Kärnten.

³⁶ *Maunz* in *Maunz/Dürig*, GG, Grundwerk, Art. 93 Rn. 7; *BVerfGE* 1, 184 (196) = NJW 1952, 497: „keine von Amts wegen auszuübende Überwachungspflicht“.

ergehende Entscheidung des EuGH „grundlegende Verfassungsentscheidungen“³⁷ in Frage stellen. Die den Mitgliedstaaten hierdurch auferlegte einseitige Anpassungslast würde einen „außergewöhnlichen Konfliktfall“³⁸ alleine zu ihren Lasten auflösen.

III. Fehlende Rechtsgrundlage für die Anwendung nationalen Verfassungsrechts durch den EuGH

Dass der EuGH auch Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten als Prüfungsmaßstab in den Blick nehmen muss, um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten,³⁹ wenn er über nationales Recht entscheidet, entspricht zwar einem zwingenden Rechtsgebot. Ihm fehlt jedoch *de lege lata* die Rechtsgrundlage, seine Rechtsprechung hierauf auszudehnen und die notwendigen Konsequenzen daraus zu ziehen. Dies lässt sich weder durch die dogmatische Figur einer Organleihe noch durch eine Unionalisierung des mitgliedstaatlichen Aufsichtsrechts als rechtstechnische „Kniffe“ umgehen (1.). Die Problematik einer Anwendung nationalen Verfassungsrechts durch den EuGH ließe sich nur dann entschärfen, wenn ihm hierfür eine Kompetenz zustünde. Eine solche findet sich jedoch weder im Recht der Union (2.) noch – für Deutschland – im Rahmen einer möglichen zusätzlichen Kompetenzübertragung durch das Zustimmungsgesetz zur SSM-VO⁴⁰ (3.).

1. Keine Problemlösung durch Annahme einer Organleihe oder Unionalisierung

a) Entscheidung des EuGH als Organ der EU?

Gewährt der EuGH (im Wege der Nichtigkeitsklage) Individualrechtsschutz gegen Vollzugshandlungen der EZB, die ihre Grundlage in nationalen Rechtsvorschriften haben, handelt er als Organ der EU, nicht der Mitgliedstaaten. Eine Organleihe an die Mitgliedstaaten ist in der SSM-VO nicht angelegt:⁴¹ Ihr Art. 13 Abs. 2 differenziert klar zwischen den Aufgaben des EuGH und denen der nationalen Gerichte. Der EuGH wird in der Sache unverändert auf der Grundlage seiner unionsrechtlichen Kompetenzen tätig, spricht für Unionsorgane bindend Recht und hat sonstiges Unionsrecht in seine Entscheidung einzubeziehen und anzuwenden.⁴²

b) Unionalisierung des nationalen Rechts?

Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 SSM-VO unionalisiert das von der EZB zu vollziehende nationale Aufsichtsrecht nicht – es bleibt vielmehr stets nationales Recht.⁴³ Für eine „Umdeutung“ oder mittelbare Aufnahme in den Willen des Unionsgesetzgebers im Sinne einer dynamischen Verwei-

³⁷ *Bogdandy/Schill in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL (Juli 2013), Art. 4 EUV Rn. 16 mwN.

³⁸ *Bogdandy/Schill in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 51. EL (Juli 2013), Art. 4 EUV Rn. 16.

³⁹ Anders *Peuker*, JZ 2014, 764 (768); s. auch *Sacarcelik*, BKR 2013, 353 (358).

⁴⁰ Gesetz zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, BGBl. 2013-II, S. 1050.

⁴¹ Anders im Rahmen des Fiskalvertrages; vgl. *Fischer-Lescano/Oberndorfer*, NJW 2013, 9.

⁴² *Kämmerer*, WM70 (2016), 1 (4).

⁴³ Grds. zur (dynamischen) Wandelung: *BVerfGE* 26, 338 (365, 367 f.); *BVerfGE* 21, 312 (325).

sung fehlt es an normativen Anknüpfungspunkten und einer dogmatischen Fundierung.⁴⁴ Das verdeutlicht bereits die klare Formulierung des Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 SSM-VO. Auch mit dem Demokratieprinzip⁴⁵ wäre eine dynamische Verweisung schwer zu vereinbaren: Jedenfalls in grundrechtsrelevanten Bereichen, insbes. bei Grundrechtseingriffen für die ein Gesetzesvorbehalt gilt, ist sie regelmäßig unzulässig.⁴⁶ Der Rechtscharakter des nationalen Rechts bleibt also auch bei seiner Anwendung durch die EZB unberührt.⁴⁷

Überdies änderte auch eine Unionalisierung nichts an den aufgeworfenen Problemen. Denn es bliebe im Rahmen des Rechtsschutzes, den der EuGH zu gewähren hat, sowohl zu klären, welchen konkreten *Inhalt* das nationale Recht hat (d. h. die Frage nach höchstgerichtlicher Auslegung, Auslegungsprinzipien, verfassungsrechtlichen Implikationen etc.), als auch, *ob* es überhaupt anzuwenden ist (d. h. ob es nicht wegen Verstoßes gegen die Verfassung nichtig ist oder unangewendet bleiben muss).

2. Keine Kompetenz aus den Verträgen, insbes. aus Art. 127 Abs. 6 AEUV

Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV beschränkt den sachlichen Kompetenzrahmen des EuGH grundsätzlich auf die „Auslegung und Anwendung der Verträge“ (s. insoweit auch Art. 267 I lit. a AEUV). Gegenstand seiner Rechtsprechung sind Streitigkeiten und Fragen, die sich auf die Anwendung des Unionsrechts beziehen. Die Behandlung von Auslegungs- und Gültigkeitsfragen innerstaatlichen Rechts ist im Umkehrschluss ausgeschlossen.⁴⁸

In den Verträgen findet sich auch keine kompetenzerweiternde Norm. Zu denken ist insoweit zwar an Art. 127 Abs. 6 AEUV.⁴⁹ Dieser Vorschrift lässt sich aber (jedenfalls) nicht das Recht des EuGH zur Entscheidung über nationales Verfassungsrecht entnehmen. Zwar streitet für eine zur Vollzugskompetenz der EZB parallel laufende Rechtsprechungskompetenz des EuGH *prima vista* der Gedanke der AETR-Rechtsprechung (d. h. der *Implied-power*-Doktrin): Soweit die Union in einem Sachbereich die Kompetenz hat, muss sie diesen auch umfassend regeln können, um eine effektive Erfüllung der Vertragsziele sicherzustellen.⁵⁰ Auch das Gebot effektiven Rechtsschutzes⁵¹ (Art. 47 UAbs. 1 GRCh; Art. 13 EMRK) legt eine Kompetenz des EuGH nahe, alle Vollzugshandlungen der Unionsorgane unter allen rechtlichen Gesichtspunkten

⁴⁴ Zum einheitlichen Bankenabwicklungsmechanismus vgl. *Kämmerer*, WM70 (2016), 1 (9).

⁴⁵ Sowohl mit dem europäischen (nach Art. 10 I EUV) wie auch dem deutschen (nach Art. 23 I 3, Art. 79 III, Art. 20 I GG). Daneben ist auch das Rechtsstaats- sowie in Deutschland des Bundesstaatsprinzip berührt, vgl. *BVerfGE* 47, 285 (315 ff.) = NJW 1978, 1475.

⁴⁶ Zur deutschen Perspektive *BVerfGE* 47, 285 (315 ff.) = NJW 1978, 1475; Art. 52 I GRCh sieht ebenfalls einen Gesetzesvorbehalt vor.

⁴⁷ So auch *Lamandini/Munoz/Álvarez*, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Nr. 79, 2015, 90.

⁴⁸ Vgl. *Mayer* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, 41. EL (Juli 2010), Art. 19 EUV Rn. 48. Vgl. auch *EuGH*, ECLI:EU:C:2002:462 = BeckRS 2004, 77500 Rn. 43 – Unión de Pequeños Agricultores.

⁴⁹ Zur hierauf gestützten Kompetenz der EZB im Rahmen des SSM: BT Drs. 17/13470, 4; *Selmayr* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. (2015), Art. 127 Rn. 53 ff. mwN.

⁵⁰ *EuGH*, ECLI:EU:C:1971:32 = BeckRS 2004, 72371 Rdnr. 30 f. – Kommission/Rat; vgl. auch *Schroeder*, *Grundkurs Europarecht*, 4. Aufl., 2015, § 7 Rdnr. 6.

⁵¹ Vgl. zu diesem Grundsatz: *EuGH*, ECLI:EU:C:2002:462 = BeckRS 2004, 77500 Rdnr. 39 – Unión de Pequeños Agricultores.

überprüfen zu dürfen. Es erfordert namentlich, dass der EuGH die Rechtmäßigkeit der Handlungen der EZB umfassend prüft – schließlich sind die mitgliedstaatlichen Gerichte hierfür von vornherein nicht zuständig. Eine so begründete Kompetenzerstreckung greift im Ergebnis aber weit über das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV) hinaus und damit tief in die Souveränität der Mitgliedstaaten hinein. Anders als in der AETR-Rechtsprechung ist es im Falle einer Prüfung nationalen Verfassungsrechts durch den EuGH nicht darum bestellt, eine *bestehende* Sachkompetenz in ihrer Reichweite auszudehnen,⁵² sondern eine *gänzlich neue* Verwaltungs- und Rechtsprechungskompetenz zu schaffen. Für eine Entscheidung über das Recht der Mitgliedstaaten ist der EuGH aber nicht zuständig, erst recht nicht für deren Verfassungsrecht. Diesen Grundpfeiler europäischer Gewaltenteilung einzureißen, wäre ein vertragswidriger Paradigmenwechsel.

Die kompetenzrechtliche Überlegung muss vielmehr in die andere Richtung gehen: Wenn der europäische Gesetzgeber den Unionsorganen eine Vollzugsaufgabe zuweist, gegen die aus strukturellen Gründen kein effektiver Rechtsschutz möglich ist, dann ist (vorbehaltlich entsprechender Sicherungsmechanismen, s. u. IV. 2. c) bereits die Wahrnehmung der Vollzugsaufgabe unzulässig. Eine gespaltene bzw. unvollständige Kompetenz des EuGH ist dem Unionsrecht zwar nicht vollkommen fremd – sie findet sich beispielsweise im Bereich der GASP, die grundsätzlich nicht in den Zuständigkeitsbereich des EuGH fällt (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV, Art. 275 UAbs. 1 AEUV). Gleichwohl räumt das Primärrecht dem EuGH selbst hier – in Übereinstimmung mit den Geboten der Rechtsstaatlichkeit, des Grundrechts- und des effektiven Rechtsschutzes – explizit eine Kompetenz für die Überprüfung restriktiver Maßnahmen gegenüber natürlichen oder juristischen Personen ein (Art. 275 UAbs. 2 AEUV). Daraus lässt sich das Grundprinzip ableiten, dass der EuGH stets die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Union gegen Einzelne überprüfen können muss.⁵³ Kommt ihm hierzu ausnahmsweise nicht die Kompetenz zu, ist der Weg verstellt, eine solche zu Lasten der Mitgliedstaaten und damit unter Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zugunsten der EU zu fingieren. Vielmehr fehlt der Union dann umgekehrt bereits die Kompetenz zum Erlass der entsprechenden, nicht (vollständig) überprüfbaren restriktiven Maßnahme.

Dem EuGH mangelt es daher nicht nur an der Kompetenz, nationales Verfassungsrecht bei seiner Entscheidung heranzuziehen. Bereits ein Vollzug nationalen Rechts durch die Union ist von ihren (Verwaltungs-)Kompetenzen grundsätzlich nicht gedeckt.

3. Zustimmungsgesetz zur SSM-VO als „Rettungsanker“?

Trägt Art. 127 Abs. 6 AEUV die Überantwortung der Vollzugszuständigkeit auf die EZB und die daran anknüpfende Prüfung nationalen Verfassungsrecht durch den EuGH nicht, kann allenfalls das Zustimmungsgesetz zur SSM-VO ihren „Rettungsanker“ bilden. Dies entsprach wohl auch der Zielsetzung des Bundestages.⁵⁴ Er hat eigens ein Zustimmungsgesetz zu der

⁵² In *EuGH*, ECLI:EU:C:1971:32 = BeckRS 2004, 72371 ging es um den Schluss von der Innen- auf die Außenkompetenz (heute Art. 216 Abs. 1 AEUV).

⁵³ Vgl. hierzu auch *EuGH*, ECLI:EU:C:2008:461 = BeckEuRS 2008, 478012 Rdnr. 285 – Kadi I.

⁵⁴ BT Drs. 17/13470, S. 4.

Stimmabgabe des deutschen Vertreters im Rat erlassen und wick damit bewusst von dem üblichen Verfahren für die Willensbildung des Vertreters ab (Art. 23 Abs. 2-7 GG). Zustimmungsgesetze sind an sich nur bei der Übertragung von Hoheitsrechten (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG) sowie in den im Lissabon-Urteil skizzierten Fällen⁵⁵ erforderlich – nicht jedoch für den Erlass von Sekundärrecht innerhalb der bestehenden Kompetenzen der Union.

So verlockend dieser „Rettungsanker“-Ansatz auf den ersten Blick sein mag, so wenig trägt er im Ergebnis eine Erweiterung der Kompetenzen des EuGH. Denn diese erschöpft sich nicht in einer Übertragung von Hoheitsrechten iSd Art. 23 I 2 GG, sondern fällt als Vertragsänderung unter Art. 23 I 3 GG.⁵⁶ Das für diesen Fall vorgesehene Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 2, 3 GG hat das Zustimmungsgesetz aber nicht durchlaufen. Eine Übertragung zusätzlicher Kompetenzen auf die Union ist bereits deshalb nicht (in verfassungskonformer Weise) erfolgt.

Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG ist einschlägig, da die Neuerung eine mit der Änderung der vertraglichen Grundlagen der Union „vergleichbare Regelung“ darstellt, die das Grundgesetz „seinem Inhalt nach“ ändert. Die Kompetenzerweiterung des EuGH ist keine bloße „Vertragsausfüllung“, sondern hat „vertragsverlängernde“⁵⁷ Bedeutung. Auch unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit reicht sie weit über die bloße Konkretisierung bestehender Ermächtigungen, wie des Art. 127 Abs. 6 AEUV, hinaus.⁵⁸ Sie weicht von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV ab.⁵⁹ Es gibt auch keine Anzeichen dafür, dass die Mitgliedstaaten eine derartige faktische Neustrukturierung der europäischen Judikative antizipiert haben. Zeugnis hierüber legt die Begründung des Zustimmungsgesetzes ab, in der diese Folge des Vollzugs nationalen Rechts keine Erwähnung findet. Der Bundestag hat die Problematik augenscheinlich schlicht nicht erkannt.⁶⁰

IV. Folgen *de lege lata* und *de lege ferenda*

Die sich aus der mangelnden Kompetenz des EuGH für die Rechtsprechung über nationales (Verfassungs-)Recht (und damit auch die fehlende Kompetenz der EZB zum Vollzug des nationalen Aufsichtsrechts) *de lege lata* abzuleitenden Folgen sind tiefgreifend (1.). Sie verlangen nach einer Neukonzeption des Rechtsvollzugs und der gerichtlichen Kontrolle *de lege ferenda* (2.).

1. *De lege lata: Ultra-vires-Verstoß*

Die Europäische Bankenaufsicht agiert gegenwärtig im Bereich des nach Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 Abs. 1, 2 GG nicht mehr Zulässigen. Sie sieht sich dabei einem dogmatischen Dilemma ausgesetzt: Sollte der EuGH seine Überprüfungs Kompetenzen (i. S. e. effektiven Rechtsschut-

⁵⁵ Im Einzelnen *BVerfGE* 123, 267 (395) = *NJW* 2009, 2267 (2284) Rn. 328.

⁵⁶ Daneben steht die Überlegung, dass eine derartige Kompetenzübertragung nicht die unionsrechtlich vorgesehenen Bahnen genommen hätte, da weder Art. 48 Abs. 6 EUV noch Art. 352 Abs. 1 AEUV einschlägig sind.

⁵⁷ Vgl. auch BT-Drs. 12/3896, S. 18 f.

⁵⁸ Vgl. zum Maßstab *Scholz* in *Maunz/Dürig*, GG, 56. EL (Sept. 2009), Art. 23 Rn. 120.

⁵⁹ Vgl. zum parallel gelagerten Fall, dass der EGMR nach dem Beitritt der EU zur EMRK über Unionsrecht mitentscheidet, *EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2454, Gutachten v. 18.12.2014, Rdnr. 223-225.

⁶⁰ Vgl. BT Drs. 17/13470.

zes) auf das nationale Verfassungsrecht ausdehnen, handelt er damit „ersichtlich“ *ultra-vires*.⁶¹ Damit hätte sein Urteil in Deutschland keine Gültigkeit. Verzichtet er umgekehrt auf eine verfassungsrechtliche Kontrolle, wahrt er zwar die unionale Kompetenzordnung – den Rechtsschutz gegen Vollzugsakte der EZB, die auf nationalem Recht basieren, schränkt dies jedoch in nicht hinnehmbarer Weise ein.⁶² Dass die Tätigkeit der EZB bei der Kontrolle nationalen Rechts damit faktisch teilweise rechtsschutzlos bleibt, ist mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar und überschreitet dadurch die Kompetenzen der Union. Entsprechende Vollzugshandlungen wären *ultra-vires* und in Deutschland nicht gültig.

2. *De lege ferenda*: Rückbau des SSM, Stabilisierung oder Ausbau durch ein Vorlageverfahren

Ist die von der SSM-VO gewählte Aufsichtskonstruktion *de lege lata* unzulässig, muss dies noch nicht bedeuten, dass das Konzept des Vollzugs nationalen Rechts durch Einrichtungen der Union (und damit korrespondierend eine Kompetenz des EuGH zur Rechtsprechung über nationales Verfassungsrecht) *de lege ferenda* ausgeschlossen ist. Um das europäische Haus der Bankenaufsicht vor dem Einsturz zu bewahren, kommen mehrere „Sanierungsmaßnahmen“ in Betracht.

a) Rückbau des SSM um den Vollzug nationalen Rechts

Zum einen ist es denkbar, den nicht tragfähigen Teil der Konstruktion zurückzubauen. Nationales Recht ließe sich vom Vollzug durch die EZB ausklammern. Um den Aufsichtsumfang der EZB dadurch nicht zu beschneiden, müsste der Unionsgesetzgeber noch vorhandene Richtlinien durch Verordnungen ohne nationale Öffnungsklauseln und mitgliedstaatliche Regelungsspielräume ersetzen. Nicht ausreichend wäre es hingegen, alleine die Außenwahrnehmung des Vollzugs nationalen Rechts wieder auf die Mitgliedstaaten zu übertragen, diese dabei aber einm Weisungsrecht der EZB zu unterwerfen. Denn auch in diesem Fall wäre Rechtsschutz (zumeist) unmittelbar gegen die Weisung der EZB ausschließlich vor dem EuGH zu suchen.

b) Stabilisierung des SSM durch eine Kompetenzerweiterung des EuGH

Zum anderen könnten der Unions- und der nationale Gesetzgeber den „einsturzgefährdeten“ Teil der Bankenaufsicht durch eine tragende Säule stabilisieren, d. h. die Kompetenzverschiebung auf die EZB und den EuGH rechtlich absichern. Auf europäischer Ebene wäre dafür eine Vertragsänderung nach dem ordentlichen Verfahren des Art. 48 Abs. 2-5 EUV erforderlich – die Flexibilitätsklausel (Art. 352 AEUV) trägt eine solche hingegen nicht.⁶³ Der deutsche verfassungsändernde Gesetzgeber müsste den entsprechenden begleitenden Gesetzgebungsprozess nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG vollziehen.

⁶¹ Vgl. zur *Ultra-vires*-Kontrolle *BVerfGE* 134, 366 (382 ff.) Rn. 23 ff.

⁶² S. oben II.3.

⁶³ Vgl. zu deren Reichweite: Erklärung Nr. 42 sowie *EuGH*, Gutachten 2/ 94 v. 28.3.1996, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 30.

c) Ausbau des SSM durch die Einführung eines (umgekehrten) Vorlageverfahrens

Aus nationaler verfassungspolitischer Perspektive ist es vorzugswürdig, die Rechtsprechung über nationales Verfassungsrecht nicht beim EuGH anzusiedeln. Dem EuGH eine (letztinstanzliche) autonome Auslegung der nationalen Verfassung zuzubilligen, lässt sich nicht bruchfrei in die Struktur nationaler Verfassungsjudikatur integrieren. Die Rechtsprechungshoheit des BVerfG über nationales Verfassungsrecht und seine Rolle als „Hüter der Verfassung“⁶⁴ wäre gefährdet.

Vielmehr scheint es angezeigt, (ebenfalls durch eine Vertrags- und Grundgesetz-Änderung) ein Vorlageverfahren an die zuständigen nationalen Höchst- bzw. Verfassungsgerichte einzurichten. Der EuGH müsste die entscheidungserhebliche nationale Norm dem mitgliedstaatlichen Höchst- bzw. Verfassungsgericht vorlegen, bevor er selbst entscheidet.⁶⁵ Dieses Verfahren wäre analog zur *prior involvement procedure* des Beitrittsvertrages der EU zur EMRK⁶⁶ und gleichsam einer umgekehrten Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV auszugestalten. Das nationale Gericht hätte dann die Verfassungsmäßigkeit zu beurteilen und dem EuGH etwaige verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auslegung mit auf den Weg zu geben.⁶⁷ In dem vorgezeichneten Rahmen könnte der EuGH dann das nationale Recht anwenden – und hierauf gestützt sein Urteil fällen. Der EuGH selbst erkennt in der *prior involvement procedure* eine die Zuständigkeitsordnung wahrende Notwendigkeit, die das „ordnungsgemäße Funktionieren des Gerichtssystems“⁶⁸ gewährleistet.

Dabei wäre es für die Kompetenzabgrenzung am schonendsten, wenn der EuGH zur anlasslosen Vorlage bzw. Information verpflichtet wäre.⁶⁹ Das national zuständige Höchst- bzw. Verfassungsgericht könnte dann darüber befinden, ob und in welcher Tiefe es die Vorlage behandelt (z. B. könnte es lediglich auf eine frühere Auslegung verweisen) bzw. ob es von einem Recht zur Beurteilung Gebrauch macht.

Ein solches Vorlageverfahren bringt aber auch Folgeprobleme mit sich. So kann der EuGH nicht nachprüfen, ob die durch das nationale Gericht vorgenommene Auslegung tatsächlich aus der nationalen Verfassung folgt oder darüber hinausgeht. Es entstünde ein langwieriges und kompliziertes Verfahren. Dieses könnte insbes. in drängenden Fragen, etwa der Kapitalpufferausstattung, länger dauern, als sich dies mit dem Erfordernis einer effektiven Aufsicht verträgt. Beide Folgen sind jedoch die notwendige Konsequenz der Wahrung mitgliedstaatlicher Souveränität. Als „Transaktionskosten“ der Kompetenzabgrenzung ist diese Problematik – mit umgekehrtem Vorzeichen – aus dem Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV bekannt. Die

⁶⁴ BVerfGE 1, 184 (195).

⁶⁵ Diesen Weg – jedoch mit Blick auf die (einfache) Auslegung – auch vorschlagend Kaufhold, Die Verwaltung 49, 2016, 339 (366 f.).

⁶⁶ Vgl. Art. 3 VI 1 Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 47+1(2013)008rev2.

⁶⁷ Vgl. insoweit auch die Kritik des EuGH an der *prior involvement procedure*, die nur eine Entscheidung über die Gültigkeit, nicht aber über die Auslegung des Unionsrechts umfasst, EuGH, ECLI:EU:C:2014:2454, Gutachten v. 18.12.2014, Rdnr. 242 ff.

⁶⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2014:2454, Gutachten v. 18.12.2014, Rdnr. 236.

⁶⁹ Der EuGH selbst geht davon aus, dass bereits die Beurteilung der Notwendigkeit einer Vorlage in die Kompetenzen des anderen Gerichts eingreift, vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2014:2454, Gutachten v. 18.12.2014, Rdnr. 238 ff.

nationalen Gerichte wären jedenfalls (als Obliegenheit des wechselseitigen Kooperationsverhältnisses [vgl. insb. Art. 4 Abs. 3 EUV sowie Art. 19 I UAbs. 2 EUV] und entsprechend Art. 3 Abs. 6 S. 2 des Beitrittsabkommens) zur Eile berufen. Für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sind insofern Sonderregelungen denkbar.⁷⁰

In Deutschland bedarf die Einrichtung eines solchen Verfahrens der Vorlage an das BVerfG einer Verankerung im Grundgesetz. Die konkrete Normenkontrolle (Art. 100 I 1 GG) erfüllt diesen Zweck nicht hinreichend. Zwar mag man den EuGH mit guten Gründen entsprechend seiner Funktion und der Rationalität des Art. 100 I 1 GG bereits als „ein Gericht“ im Sinne der Vorschrift ansehen. Die konkrete Normenkontrolle beschränkt sich jedoch auf Parlamentsgesetze und das vorlegende Gericht muss von der Verfassungswidrigkeit *überzeugt* sein.⁷¹ Dies setzt eine weitgehende, eigenständige verfassungsrechtliche Wertung des EuGH voraus, die gerade nicht zulässig und gewünscht ist. Darüber hinaus ist eine Vorlage allein zum Zwecke der verfassungskonformen Auslegung unzulässig.⁷² Vor diesem Hintergrund ist die Schaffung eines selbstständigen, mit niedrigen Hürden ausgestatteten, umfassenden Vorlageverfahrens vorzugswürdig. Das GG sollte eine Regelung vorsehen, nach der das BVerfG auf Betreiben des EuGH über die Gültigkeit und verfassungsrechtliche Auslegung eines Gesetzes befindet, das die Union vollzieht.

Hält der EuGH die Norm in der Auslegung des nationalen Gerichts für nicht mit dem Unionsrecht vereinbar, bleibt ihm die Möglichkeit, die nationale Norm für unanwendbar zu erklären. Hiermit geht zwar das Risiko einher, dass der überprüften Maßnahme der EZB dann die Rechtsgrundlage fehlt. Als notwendige Folge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts und des Ausschlusses der umgekehrt vertikalen unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien wäre dies aber hinzunehmen. Soweit ein Mitgliedstaat den impliziten Vorgaben des EuGH zur Anpassung seines Umsetzungsrechtes nicht von selbst nachkommt, muss notfalls die Kommission im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens vorgehen und den Erlass entsprechender (neuer) Regelungen erzwingen.

V. Ausblick

Das Haus der europäischen Bankenaufsicht hat einen Riss. Der Vollzug nationalen Rechts durch die Union folgt keinem tragfähigen Bauplan. Das dennoch in die Architektur des europäischen Verwaltungsverbundes eingefügte Konstruktionselement erweist sich als mit den Prinzipien der unionalen Rechtsordnung nicht vereinbar: Vollzieht die EZB nationales Recht, muss der EuGH bei der Gewährung von Rechtsschutz über nationales Verfassungsrecht entscheiden. Eine Begrenzung seines Prüfungsmaßstabs würde elementare rechtsstaatliche Prinzipien verletzen. Der EuGH wird bei der Wahrnehmung seiner Rechtsschutzaufgabe auch

⁷⁰ Vgl. insoweit die Ausnahmen zur Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV, *Karpenstein* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 50. EL (Juli 2013), Art. 267 AEUV Rn. 59 f.

⁷¹ *BVerfGE* 68, 337 (343 ff.); bloße Zweifel an der Verfassungskonformität genügen nicht, vgl. *BVerfGE* 79, 256 (263).

⁷² *BVerfGE* 68, 337 (344) = NJW 1984, 2341 mwN. Eine solche wird jedoch durch das BVerfG gleichwohl vorgenommen, vgl. *Bethge* in *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, *BVerfGG*, 41. EL (Feb. 2013), § 78 Rn. 95 ff.

weder im Rahmen einer Organleihe als Organ der Mitgliedstaaten tätig noch unionalisiert Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 SSM-VO das erfasste nationale Recht.

Die im Rahmen des Rechtsschutzes gegen aufsichtsrechtliche Maßnahmen der EZB zwingende Anwendung nationalen Verfassungsrechts durch den EuGH ist systemfremd und von seiner Kompetenz nicht gedeckt. Der EuGH (und die EZB) handeln in diesem Zusammenhang mit Blick auf das Grundgesetz unter dem Damoklesschwert der Ultra-vires- Kontrolle. Die momentane architektonische Ausgestaltung des SSM sollten die Union und die Mitgliedstaaten dringend nachbessern. Handwerklich stehen ihnen dabei zwei Konstruktionswege offen: Sie können den SSM entweder um die Vollzugszuständigkeit der EZB für nationales Recht zurückbauen oder durch eine Vertragsänderung und die Einführung eines Vorlageverfahrens des EuGH an die nationalen Gerichte stabilisieren. Andernfalls droht das Haus der europäischen Bankenaufsicht infolge rechtsstaatlicher Spannungen auseinanderzubrechen.

B. Literaturverzeichnis

- Berger, Henning*, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM) - Bankenaufsicht im europäischen Verbund, WM 2015, S. 501–506.
- Demleitner, Andreas*, Die Normverwerfungskompetenz der Verwaltung bei entgegenstehendem Gemeinschaftsrecht, NVwZ 2009, S. 1525–1531.
- Fischer-Lescano, Andreas/Oberndorfer, Lukas*, Fiskalvertrag und Unionsrecht, Unionsrechtliche Grenzen völkervertraglicher Fiskalregulierung und Organleihe, NJW 2013, S. 9–14.
- Gabriel, Oscar W./Kropp, Sabine* (Hrsg.), Die EU-Staaten im Vergleich, Strukturen, Prozesse, Politikinhalt, 3. Aufl., Wiesbaden, 2008.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar, München, 2016.
- Herdegen, Matthias*, Europäische Bankenunion: Wege zu einer einheitlichen Bankenaufsicht, MW 66 (2012), S. 1889–1898.
- Höpfner, Birgit*, CRD IV: Neues Regulierungspaket für Banken in Kraft, BaFinJournal 2014, S. 21–25.
- Husa, Jaakko*, The Constitution of Finland, A contextual analysis, Oxford, 2011.
- Jarass, Hans. D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Kommentar, unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, 2. Aufl., 2013.
- Kämmerer, Axel*, Rechtsschutz in der Bankenunion (SSM, SRM), WM 70 (2016), S. 1–11.
- Kaufhold, Ann-Katrin*, Instrumente und Gerichtliche Kontrolle der Finanzaufsicht, Die Verwaltung 49 (2016), S. 339–368.

- Kneip*, Sascha, Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, in: Gabriel, Oscar W./Kropp, Sabine (Hrsg.), Die EU-Staaten im Vergleich, Strukturen, Prozesse, Politikinhalt, 3. Aufl., Wiesbaden, 2008, S. 631–655.
- Kühling*, Jürgen, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, Berlin, 1999.
- Lamandini*, Marco/*Munoz*, David Ramos/*Álvarez*, Javier Solana, Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection, 2015.
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, München, 2016.
- Maunz*, Theodor/*Schmidt-Bleibtreu*, Bruno/*Klein*, Franz/*Bethge*, Herbert (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblatt-Kommentar, München, 2016.
- Peuker*, Enrico, Die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften durch Unionsorgane - ein Konstruktionsfehler der europäischen Bankenaufsicht, JZ 2014, S. 764–771.
- Sacarcelik*, Osman, Europäische Bankenunion: Rechtliche Rahmenbedingungen und Herausforderungen der einheitlichen europäischen Bankenaufsicht, BKR 2013, S. 353–360.
- Schlaich*, Klaus/*Korioth*, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen; ein Studienbuch, 10. Aufl., München, 2015.
- Schneider*, Uwe H., Inconsistencies and unsolved Problems in the European Banking Union, EuZW 2013, S. 452–457.
- Schroeder*, Werner, Grundkurs Europarecht, 4. Aufl., 2015.
- Schuster*, Gunnar, The banking supervisory competences and powers of the ECB, EuZW-Beilage 2014, S. 3–9.
- von der Groeben*, Hans/*Schwarze*, Jürgen/*Hatje*, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., Baden-Baden, 2015.
- Wissink*, Laura/*Duijkersloot*, Ton/*Widdershoven*, Rob, Shifts in Competences between Member States and the EU in the New Supervisory System for Credit Institutions and their Consequences for Judicial Protection, Utrecht Law Review 2014, Vol. 10, Issue 5, S. 92–115.
- Witte*, Andreas, The Application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law?, Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ) 2014, S. 89–109.